

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS

CURSO DE DIREITO

JOÃO VICTOR PADILHA FERREIRA

**INCONGRUÊNCIA DA LEI 9.614/98 FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO : uma análise constitucional e internacional das violações aos direitos
fundamentais acarretados pela “Lei do Abate”**

São Luís
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS

CURSO DE DIREITO

JOÃO VICTOR PADILHA FERREIRA

**INCONGRUÊNCIA DA LEI 9.614/98 FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO: uma análise constitucional e internacional das violações aos direitos
fundamentais acarretados pela “Lei do Abate”**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Raimundo Nonato Serra Campos Filho

São Luís
2016

JOÃO VICTOR PADILHA FERREIRA

**INCONGRUÊNCIA DA LEI 9.614/98 FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO: uma análise constitucional e internacional das violações aos direitos
fundamentais acarretados pela “Lei do Abate”**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade
Federal do Maranhão, para a obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Aprovado em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Raimundo Nonato Serra Campos Filho (Orientador)

(Examinador 1)

(Examinador 2)

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, aos meus grandes amigos, à minha noiva, á todos os professores que me auxiliaram ao longo desses 5 anos, e a todas as pessoas boas que, de alguma maneira, fizeram parte da minha vida e agregaram experiências, sejam elas boas ou ruins.

RESUMO

Trata-se de análise quanto à constitucionalidade da Lei nº 9.614/98, conhecida como a Lei do Abate de Aeronaves, que veio a ser regulamentada pelo Decreto nº 5.144/04. Aborda-se, também, alguns princípios constitucionais pertinentes ao tema. Verifica-se os tratados internacionais e as convenções que dão sustentação a um sistema internacional de proteção aos direitos humanos, bem como, sobre o reconhecimento de que o direito à vida é uma garantia constitucional que impede a pena de morte no Brasil, bem como o que está disposto na Constituição Federal de maneira contrária à vigência da norma em questão.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos Humanos. Inconstitucionalidade. Pena de morte. Abate de Aeronaves.

ABSTRACT

This is an analysis of the constitutionality of Law No. 9.614 / 98, known as the Law on the Abatement of Aircraft, which was regulated by Decree No. 5.144 / 04. It also discusses some constitutional principles pertinent to the topic. There are international treaties and conventions that support an international system for the protection of human rights, as well as the recognition that the right to life is a constitutional guarantee that prevents the death penalty in Brazil, as well as O That is set forth in the Federal Constitution in a way contrary to the validity of the norm in question.

Keywords: Constitutional right. Human rights. Unconstitutionality. Death penalty. Slaughter of Aircraft.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	1
2	CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA CRIAÇÃO DA LEI 9.614/98 ...	3
3	DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	8
3.1	Conceito de Direitos Fundamentais	8
3.2	Natureza	9
3.3	Características	9
3.3.1	Extrapatrimonialidade.....	9
3.3.2	Universalidade.....	9
3.3.3	Inalienabilidade.....	10
3.3.4	Imprescritibilidade.....	10
3.3.5	Irrenunciabilidade.....	11
3.3.6	Vinculantes.....	11
3.3.7	Interdependência.....	11
3.3.8	Historicidade.....	12
3.3.9	Vedação ao retrocesso.....	12
3.4	Dimensões dos direitos fundamentais	14
3.4.1	Direitos de Primeira Geração.....	14
3.4.2	Direitos de Segunda Geração.....	14
3.4.3	Direitos de Terceira Geração.....	15
3.4.4	Direitos da Quarta Geração.....	15
3.4.5	Direitos de Quinta Geração.....	16
4	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	17
4.1	Princípios constitucionais fundamentais	17
4.1.1	Princípio democrático.....	18
4.1.2	Princípio republicano.....	18
4.1.3	Princípio federativo.....	19
4.2	Princípios constitucionais gerais	20
4.2.1	Princípio da legalidade.....	20
4.2.2	Princípio da igualdade.....	20
4.2.3	Princípio do devido processo legal (due process of law).....	21
4.2.4	Princípio do acesso ao judiciário.....	22
5	BRASIL COMO ESTADO SOBERANO	23

5.1	Conceito de soberânia.....	23
5.2	A soberania na constituição da república federativa do Brasil de 1988.....	25
5.3	A Soberania na relação com os tratados internacionais.....	27
6	ANÁLISE COM BASE NOS TRATADOS INTERNACIONAIS AOS QUAIS O BRASIL É SIGNATÁRIO.....	28
6.1	O que são tratados internacionais.....	28
6.2	Personalidade jurídica internacional.....	28
6.3	Pressupostos de consentimento.....	30
6.4	Pressupostos constitucionais de consentimento no sistema brasileiro.....	30
6.5	Hierarquia das normas internacionais no ordenamento jurídico brasileiro...	31
6.5.1	Tratados internacionais que versão sobre direitos humanos.....	32
6.6	Convenção americana de direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica).....	33
6.6.1	Lei do abate X Convenção Americana de Direitos Humanos.....	35
7	VIOLAÇÕES PRINCIPIOLÓGICAS ACARRETADAS PELA LEI Nº 9.614/98.....	38
7.1	Violação ao devido processo legal.....	38
7.1.1	Violação ao contraditório e à ampla defesa.....	39
7.2	Violação ao direito à vida.....	42
8	PENA DE MORTE.....	45
8.1	Pena de morte no Brasil.....	45
	CONCLUSÃO.....	47
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	49

INTRODUÇÃO

A proposta desta pesquisa justifica-se em razão da flagrante inconstitucionalidade material da referida norma, e suas consequências político-sociais, trazendo-se a tona uma reflexão acerca do sistema normativo vigente bem como de sua origem e das normas internacionais que o compõe.

Apesar das frequentes crises que o país enfrenta, em nenhum cenário vislumbra-se uma justificativa plausível para o retrocesso e contraposição aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito fundado na Constituição Federal de 1988. Alternativas que estejam nos limites da Lei maior devem ser adotadas para a defesa do Estado como um todo, tais como um maior controle do fluxo nas fronteiras, repressão em locais estratégicos e eficácia na aplicação das leis, uma vez que a assunção da falta de possibilidades seja uma desistência tácita de seus próprios valores.

O Estado brasileiro é norteado por princípios fundamentais implícitos e explícitos na Constituição da República Federativa do Brasil, entretanto, tal proteção é reforçada uma vez que o nosso País é signatário de acordos e convenções internacionais que resguardam a vida e a dignidade da pessoa humana, tornando notório o quanto o referido diploma legal, denominado popularmente de Lei do Abate, não coaduna com o ordenamento jurídico vigente por desrespeitar inúmeros preceitos tidos como fundamentais.

No presente estudo, serão analisados os tratados que sustentam um sistema internacional de proteção aos direitos humanos, bem como refletirá sobre violações ao direito à vida, ao devido processo legal e sobre a questão da pena de morte imposta aos tripulantes de uma aeronave abatida.

No primeiro momento, será explanado o conteúdo referente aos direitos e garantias fundamentais, observando suas características específicas, o que se faz necessário dada a importância do entendimento dos mesmos para que se possa mensurar aquilo que é afetado diretamente pela lei em comento, no caso, a Lei 9.614/98.

Serão analisados ainda, os tratados internacionais em si para que haja um entendimento real dos procedimentos que antecedem a assinatura de um tratado e quais as responsabilidades e consequências que os países signatários adquirem ao fazer parte dos mesmos.

Após as explicações referidas, haverá uma contraposição entre a lei objeto deste estudo e tudo aquilo que foi assimilado pela análise anterior, demonstrando de maneira

inequívoca que mesmo na visão mais apazível lançada sobre o referido diploma legal, não há argumentos capazes de justificar a presença do mesmo no direito brasileiro.

O estudo deu-se através de pesquisa doutrinária e legislativa, procurando sempre simplificar o entendimento do assunto abordado, permitindo fácil compreensão dos temas apresentados.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA CRIAÇÃO DA LEI 9.614/98

Com a modernização do controle de defesa e tráfego aéreo brasileiro, ficou comprovado que as principais rotas de entrada e saída de drogas ilícitas no país ocorriam por meio de pequenas aeronaves. Os entorpecentes eram levados para o interior do país e para países vizinhos, Europa e Estados Unidos.

Não havia uma legislação específica, responsável pelo policiamento do espaço aéreo do Brasil, então, com a justificativa de garantir e aprimorar a segurança do país, o governo brasileiro, além de enviar efetivos militares para a Amazônia, começou a modificar a legislação para que as forças armadas pudessem atuar no combate ao tráfico terrestre, aéreo e fluvial.

A Amazônia brasileira é uma vasta região com cerca de 5,5 milhões de quilômetros quadrados, possuindo baixa densidade demográfica e infraestrutura precária em relação ao seu território, por isso mesmo, há dificuldades para a atividade de vigilância de suas fronteiras e de seu espaço aéreo. Sua vulnerabilidade a torna alvo de cobiça internacional, e privilegia a prática de ilícitos, como tráfico de armas e de drogas, extração ilegal de madeira e de minérios, caça ilegal, desmatamento, grilagem e exploração de pessoas.

Por ser um país de dimensões continentais, o Brasil possui extensas fronteiras, estas são as principais portas de entrada para o tráfico de armas e drogas. São 16.866 quilômetros por terra, 24.253 quilômetros pelo ar, incluindo a costa litorânea, e 25 mil quilômetros de rios navegáveis. As regiões limítrofes com a Guiana Francesa, o Suriname, a Guiana, a Venezuela, a Colômbia e com o Paraguai, são os principais focos, onde são identificadas pelo menos três rotas internacionais do tráfico.

O Brasil é um importante ponto de passagem dos principais produtores de drogas da América do Sul, a saber, o Paraguai, o Peru, a Bolívia e a Colômbia, além disso, tem se tornado um importante consumidor do mercado de estupefacientes. O principal posto de distribuição é São Paulo, que, além de redistribuir a droga para outros estados brasileiros, envia uma grande quantidade de droga para os Estados Unidos e para a Europa. Existem três tipos de rotas do narcotráfico no Brasil: as rotas domésticas, que servem ao consumo brasileiro, as rotas internacionais, que utilizam-se do nosso território como escala antes de partirem para seus destinos finais, e as rotas mistas, que em partes servem ao consumo brasileiro e em partes seguem para o exterior. As principais rotas internacionais têm como destino final a Colômbia. Os principais exportadores da cocaína e da maconha traficados pelo

mundo são, respectivamente, a Colômbia e o Paraguai. O Brasil também produz maconha, principalmente na região do semiárido nordestino, conhecida como “polígono da maconha”, mas a quantidade não é suficiente sequer para suprir a demanda nacional.

Expondo seus motivos, e objetivando uma legislação mais rígida com relação ao tráfico, os Ministros da Justiça, Nelson Jobim, e da Aeronáutica, Walter Werner Bräuer, apresentaram a proposta de Projeto de Lei ao Presidente da República, trazendo o seguinte:

“Temos a honra de dirigirmo-nos a Vossa Excelência a propósito do policiamento do espaço aéreo brasileiro, medida essencial ao pleno cumprimento da missão constitucional da Força Aérea, no que se refere, especificadamente, ao exército de soberania no espaço aéreo sobrejacente ao Território Nacional.

Como é do conhecimento de V. Exa. a legitimidade do direito de exercer a soberania no espaço aéreo sobrejacente aos territórios dos estados, bem como das respectivas áreas marítimas, o âmbito internacional, constitui matérias pacíficas, contemplada em diversos documentos de que o Brasil é signatária.

No plano nacional, o ordenamento jurídico cuidou de disciplinar o assunto de maneira clara e insofismável, fornecendo o indispensável embasamento legal para preservar a inviolabilidade do espaço aéreo, com o propósito de impedir o seu uso, por parte de aeronaves e outros engenhos aéreos, para a prática de atos hostis ou atentatórios contra a segurança da Nação Brasileira.

De outra parte, resta indubitável que a atribuição de fazer cumprir os diversos dispositivos legais para assegurar o exercício da soberania no espaço aéreo, cabe, em primeira instância, à Força Aérea.

A partir da missão constitucional, passando pela legislação complementar (lei complementar 69/91) e específica (Código Brasileiro Aeronáutica), decretos e outros dispositivos legais, o direito positivo atribui ao Ministério da Aeronáutica a e à Força Aérea, em especial, inequívocas responsabilidades, no tocante à Defesa Aeroespacial.

O cumprimento dessa missão, Sr. Presidente, implica em dispor, como primeiro pré-requisito, de sensores capazes de detectar os movimentos aéreos que podem ser divididos em tráfegos cooperativos e conhecidos, ou não cooperativos, esses últimos, em geral, objeto de adoção de medidas específicas que se iniciam com a classificação das aeronaves, em função dos respectivos comportamentos em voo.

Implica, também, na capacidade de estabelecer comunicações instantâneas e de se dispor de vetores capazes de interceptar as aeronaves classificadas como desconhecidas, a vigiar ou suspeitas, visando identificá-las, verificar sua situação, suas intenções e esclarecer outros aspectos e a partir desse conhecimento, sob comandamento da autoridade de Defesa Aérea, prestar-lhes assistência ou determinar que as mesmas pousem em aeroportos pré-determinados para submeterem-se às denominadas medidas de controle do solo.

Essas medidas foram objeto de estudos conjuntos baseados nas instruções relativas à detenção, interdição, apreensão, custódia e guarda de aeronaves civis e competem ao próprio Ministério da Aeronáutica, ao Ministério da Justiça (com a polícia federal), ao Ministério da fazenda (com a receita federal) e ao Ministério da Saúde.

Ocorre, porém, Sr. Presidente, que uma vez recebida a ordem de pouso, as aeronaves em questão podem adotar procedimento diverso, seja tentando evadir-se, seja assumindo atitudes agressivas que obriguem o interceptador a compeli-las a pousar, conforme previsto no Código Brasileiro de Aeronáutica.

Configurado em impasse de tal ordem, segundo as Normas de Defesa Aeroespacial em vigor, cabe ao interceptador executar o tiro de aviso, e “ in extremis” o tiro de destruição, este último somente quando expressamente autorizado por V. Exa., em tempo de paz.

Todavia, o texto do Código Brasileiro de Aeronáutica não traduz com a devida clareza a ideia de que em situações extremas serão aplicadas às aeronaves infratoras, ainda que civis, medidas tão rigorosas.

De outro lado, as Normas de Defesa Aeroespacial estão contidas apenas em documentos internos que não possuem o grau de hierarquia legal compatível com as possíveis conseqüências de suas aplicações, nem assegurem a publicidade e a transparência requeridas para que tais medidas possam ser adotadas, sem que se argua sua validade, do ponto de vista jurídico, até mesmo em razão do seu desconhecimento.”. (<https://jus.com.br/artigos/26898/pena-de-morte-em-vo0/1>, acesso em: 07/11/2016).

Respalhando-se no direito de exercer a soberania no espaço aéreo, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, tratou de enviar ao Congresso Nacional o projeto de Lei 1.229/95 para que, preliminarmente, fosse aprovado pelas Comissões de Defesa Nacional, de Constituição e Justiça e de Viação e Transportes.

A Comissão de Defesa Nacional, na figura de seu relator, apresentou o seguinte parecer:

“[...] Entendemos que a pretensão contida na proposição é absolutamente oportuna e relevante para o aperfeiçoamento da legislação vigente e atinente à defesa do espaço aéreo nacional. Na certeza da impunidade, em face da reconhecida ausência da disposição legal que autorize os interceptadores a uma ação regressiva concreta, o espaço aéreo brasileiro é diariamente agredido em sua soberania por inumeráveis aeronaves que nele ingressam ou trafegam clandestinamente, em ostensivo desrespeito às lei do País. Na esteira desses vôos, sabemos prosperar as atividades ilegais do narcotráfico, do contrabando e do descaminho, o que não exclui, em tese, a possibilidade de que tais ações se constituam em concretas ameaças à nossa segurança externa.

Concordamos, portanto, com o Poder Executivo, em sua iniciativa para sanar esta lacuna de legislação vigente, com vistas à preservar o nosso espaço aéreo das invasões de que decorrem prejuízos concretos para os nossos interesses econômicos, para a segurança da sociedade brasileira e, não podemos ignorar, para a própria defesa do território nacional.

Somos, no entanto, levados a concordar também com a emenda proposta pelo Deputado José Genoíno que contém em sua abrangência a apresentada pelo Deputado Domingos Dutra, argumentando que a decisão de destruição de uma aeronave em vôo, em tempo de paz, seja civil ou militar, implica em considerável responsabilidade, com enormes conseqüências éticas e jurídicas, não podendo, portanto, ser tomada por escalões operacionais, em regra, submetidos às pressões dos fatos presentes. A História recente testemunha que, mesmo chefes militares de reconhecida qualificação e aprestamento operacional, como é o caso das forças aéreas israelenses, soviéticas e norte-americanas, sucumbiram em momento de pressão, tomando decisões que resultaram em inúmeras mortes de civis inocentes e expondo os seus países à repulsa internacional.”. (BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, n.114, p.53, 26/06/1996.)

Logo teve início à acalorados debates entre aqueles que concordavam de discordavam do Projeto de Lei, que após grandes debates e algumas modificações, em junho de 1997, acaba sendo recepcionada pela Comissão de Constituição e Justiça, considerada

matéria constitucional, sendo posteriormente aprovada pelo plenário na sessão do dia 11 de fevereiro de 1998, sendo conseqüentemente remetida para sanção presidencial.

Interessante destacar as palavras do então deputado Fernando Gabeira, que defendia seu posicionamento contrário à criação da referida Lei, afirmando que:

“Deputados, ontem fomos derrotados aqui. Mandava a sensatez que não viesse mais à tribuna falar sobre o tema, mas estou vendo tanto a esquerda brasileira, tão imbuída de seus princípios humanitários, como a esquerda brasileira, tão imbuída de seus princípios de livre comércio, decretarem aqui a pena de morte para contrabandistas e para traficantes de drogas a partir de uma análise perversa, oriunda dos estados Unidos declararam que a nova guerra seria contra a droga e determinaram que o papel do Brasil seria interceptar os aviões que saíssem da América Latina em direção àquele país.

Na verdade, o Congresso Brasileiro, incapaz de defender o nariz das crianças que cheiram cola no Brasil, mete-se agora numa aventura bélica, para defender o nariz dos norte-americanos que cheiram cocaína. [...]

Mas quero saber, Deputado José Genoíno, quem vai me garantir, quando o fato ocorrer na selva amazônica, por exemplo, que foram esgotados todos os caminhos para interceptar um avião.[...]

Compete ao Brasil ter uma posição civilizatória mundial mostrando que o caminho é pacífico e político, e não o da destruição de uma aeronave”.(BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, n.120, p.147,04/07/1996.)

O então deputado, José Genoíno, defensor da criação da referida Lei, afirmou logo em seguida que:

“Não se trata de uma visão militarista. Do jeito que está hoje o Código de Aeronáutica não há o princípio de autoridade civil em tal decisão [...].

Quando à questão tecnológica, o deputado Fernando Gabeira insiste para levarmos em conta reflexos da terceira revolução tecnológica e científica. Sua Excelência sabe muito bem que em qualquer situação, com os recursos da tecnologia, informa-se em fração de segundos a autorização do presidente da República para o abate de uma aeronave. Existe, por exemplo, em Brasília uma Central de Controle do espaço Aéreo. Na hora em que se localiza uma aeronave considerada hostil, com base nesses critérios, a comunicação ao presidente da República é imediata. Não há dificuldade.

[...] A autoridade aeronáutica e o Presidente da República – quando extrapolar os limites da lei – poderão ser responsabilizados criminalmente. Onde está a visão militarista que o deputado citou aqui? [...] A questão do narcotráfico e do contrabando nas fronteiras há de ser enfrentada com uma política correta, baseada não na ideologia de segurança nacional, pois não é isso que está discutido, mas na defesa das fronteiras. Não se trata de nacionalismo xenóforo [...].”(BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, n.120, p.147,04/07/1996.)

Nesse panorama, surge a Lei 9.614/98, que alterou a Lei 7.565/86 para incluir a hipótese de destruição de aeronave, e que mais tarde seria regulamentada pelo Decreto 5.144/2004, demonstrando ser uma medida desesperada para ajudar a controlar um complexo

e desenvolvido esquema que, do ponto de vista governamental, ameaçava a soberania Nacional ao ponto de serem desconsiderados os alicerces do Estado Democrático de Direito.

3 DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Objetivando consolidar as conquistas e suprir as lacunas das experiências anteriores, ao fim da Segunda Guerra Mundial surge um novo Estado que tem como características principais a introdução de novos mecanismos de soberania popular, a garantia jurisdicional da supremacia da Constituição e a busca da efetividade dos direitos fundamentais e ampliação do conceito de democracia.

O assombro causado pelas terríveis experiências nazistas e pelas atrocidades praticadas durante a guerra despertou a consciência coletiva para a necessidade de proteção da pessoa humana, no intuito de evitar que fossem utilizados como mero instrumento para fins coletivos ou individuais e impedir qualquer tipo de distinção em categorias hierarquizadas de seres humanos inferiores e superiores.

Se por um lado esses acontecimentos históricos produziram uma marca vergonhosa na caminhada evolutiva da humanidade, por outro foram responsáveis pela reação que resultou na dignidade da pessoa humana como núcleo central do constitucionalismo contemporâneo, dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

3.1 Conceito de direitos fundamentais

Os direitos e garantias fundamentais são indispensáveis para que sejam assegurados a todos uma existência digna, livre e igual.

Segundo Rodrigo Padilha, “os direitos fundamentais são, antes de tudo, limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado Federal, sendo um desdobramento do Estado Democrático de Direito”. (2014, p. 253).

Pedro Lenza, no intuito de esclarecer ainda mais o entendimento acerca dos direitos e das garantias fundamentais, traça uma pequena diferenciação entre os dois, fixando seu entendimento como sendo os direitos “bens e vantagens prescritos na forma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados. (2012, p.1153).

Na doutrina, não há de fato um consenso da diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos. No Brasil, há um entendimento no sentido de que ambos possuem um objetivo em comum, qual seja a proteção da dignidade da pessoa humana, abrangendo direitos ligados à liberdade e à igualdade, mas sua positivação ocorrendo em planos diferentes. Os

direitos humanos estão prescritos nos tratados e convenções internacionais. Os direitos fundamentais também são direitos humanos, mas que encontram sua previsão nas Constituições de cada País, com seu conteúdo variando de acordo com cada Estado.

3.2 NATUREZA

Os direitos fundamentais nem sempre foram reconhecidos como normas dotadas de força positiva, mas sim como simples “promessas” dotadas de valor moral.

Com o aprofundamento de estudos doutrinários, a evolução da sociedade e da experiência constitucional, a necessidade da intervenção legislativa para conferir operabilidade prática desses direitos desapareceu. Os mesmos passam a possuir o status de normas positivas constitucionais de caráter vinculante.

3.3 CARACTERÍSTICAS

Os direitos e garantias fundamentais possuem características próprias que os diferenciam, dentre as quais, podemos indicar como sendo os principais os seguintes:

3.3.1 Extrapatrimonialidade

Tais direitos não podem ser mensurados economicamente, ou seja, não podem ser expressos em valores monetários ou patrimoniais.

3.3.2 Universalidade

Os direitos e garantias fundamentais vinculam-se ao princípio da liberdade, conduzido pela dignidade da pessoa humana, possuindo desta maneira, na qualidade de sujeito ativo, todos os indivíduos, independente da raça, credo, nacionalidade, convicção política, a coletividade jurídica em geral, podendo pleiteá-los em qualquer foro nacional ou internacional.

Interessante destacar o esclarecimento trazido por Gilmar Ferreira Mendes ao afirmar que nem todos os direitos fundamentais se adequam de maneira absoluta a estas características. Para tanto, aduz o seguinte:

“não é impróprio afirmar que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e que a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade de tantos desses direitos. Alguns direitos fundamentais específicos, porém, não se ligam a toda e qualquer pessoa. Na lista brasileira dos direitos fundamentais, há direitos de todos os homens – como o direito à vida – mas há também posições que não interessam a todos os indivíduos, referindo-se apenas a alguns – aos trabalhadores, por exemplo.” (MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.240.)

Nota-se a necessidade de uma observação atenta a tal princípio, assim como em relação à outros, para que se possa, de uma maneira lógica, interpretá-los da maneira adequada.

3.3.3 Inalienabilidade

Tais direitos são intransferíveis, inegociáveis e indisponíveis. Tal característica decorre da dignidade da pessoa humana, sendo que o homem jamais poderá deixar de ser homem, tendo sempre os direitos fundamentais como alicerce para garantia de tal condição.

3.3.4 Imprescritibilidade

Torna-se interessante transcrever o pensamento de José Afonso da Silva que, com relação ao que se trata, afirma que:

“prescrição é um instituto jurídico que somente atinge coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade dos direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.” (SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 9 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1992).

Não há que se falar em desuso destes direitos, uma vez que a inércia do titular não é capaz de extingui-lo. Por via de regra, os direitos humanos podem ser exercidos a qualquer tempo, o que, logicamente, nos leva a concluir que não sejam exercidos considerando um dado lapso temporal, os direitos humanos não deixam de ser exigíveis por essa razão.

3.3.5 Irrenunciabilidade

O titular possui a faculdade de deixar de exercê-los, se quiser, mas não pode, em hipótese alguma, renunciar aos mesmos. Podemos tomar como exemplo, um lutador de determinada arte marcial, que abre mão, por tempo determinado, à sua integridade física, porém, pode exercer seu direito a qualquer momento, parando de lutar.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo trazem um exemplo extremamente interessante de um desses momentos em que o titular do direito faculta por deixar de exercê-lo de maneira temporária ao afirmar que:

"[...] o que ocorre nos programas de televisão conhecidos como reality shows (Big Brother Brasil, por exemplo), em que as pessoas participantes, por desejarem receber o prêmio oferecido, renunciam, durante a exibição do programa, à inviolabilidade da imagem, da privacidade e da intimidade (art. 5º , X , CF)." (Alexandrino, Marcelo e Paulo, Vicente. Direito Constitucional Descomplicado", 2ªEd, Impetus, pg. 102).

É necessário, assim como em toda aplicação do direito, que seja observado o conjunto de todas as normas e garantias fundamentais para que se tenha uma aplicação justa, uma vez que nem sempre seja possível que se respeita todas as características descritas.

3.3.6 Vinculantes

Tais direitos devem ser, obrigatoriamente, observados pelos poderes públicos na qualidade de normas dotadas de coercibilidade e hierarquicamente superiores.

3.3.7 Interdependência

Gozar e usufruir de um direito fundamental não exclui o exercício de outros direitos fundamentais, muito pelo contrário, pressupõe o gozo de todos os direitos fundamentais simultaneamente.

Os direitos fundamentais em si, estão vinculados uns aos outros, ou seja, não podem ser pensados isoladamente, mas como um todo.

3.3.8 Historicidade

Significa que os direitos fundamentais surgiram com o passar do tempo e são decorrentes da evolução da sociedade, ou seja, são históricos.

Norberto Bobbio afirmava que:

“os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”. (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, pp. 5-19. Rio de Janeiro: Campus, 1992.)

No mesmo sentido, mas trazendo para a realidade brasileira, Gilmar Ferreira Mendes afirma que:

“a ilustração de interesse prático acerca do aspecto da historicidade dos direitos fundamentais é dada pela evolução que se observa no direito a não receber pena de caráter perpétuo. Tanto a Constituição atual quanto a anterior estabeleceu vedação à pena de caráter perpétuo. Esse direito, que antes de 1988 se circunscrevia à esfera das reprimendas penais, passou a ser também aplicável a outras espécies de sanções. Em fins de 1988, o STF, confirmando acórdão do STJ, estendeu a garantia ao âmbito das sanções administrativas. A confirmar o caráter histórico-evolutivo – e, portanto, não necessariamente uniforme – da proteção aos direitos fundamentais, nota-se, às vezes, descompasso na compreensão de um mesmo direito diante de casos concretos diversos. Assim, não obstante o entendimento do STF acima mencionado, a Corte durante bom tempo continuou a admitir a extradição para o cumprimento de penas de caráter perpétuo, jurisprudência somente revista em 2004.” (MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.242.)

Os conceitos só tornam mais evidente que a história possui papel fundamental na construção do Direito como um todo, e muito especialmente com relação aos direitos fundamentais.

3.3.9 Vedação ao Retrocesso

Os direitos fundamentais, especialmente os ligados aos direitos humanos, não podem, em hipótese alguma, serem diminuídos ou reduzidos em seu aspecto de proteção. Logo, não se admite a mitigação, muito menos a extinção de um direito fundamental.

Essa característica é de suma importância uma vez que assegura a proteção de um dos principais objetivos do estado democrático de direito, qual seja, a proteção da dignidade da pessoa humana bem como a eficácia das normas implementadas com esse objetivo.

Nas palavras de J.J. Gomes Canotilho, tal característica é descrita como sendo:

“a idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de contra-revolução social ou da evolução reacionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. (...) O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador é inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e Teoria da Constituição. 2 ed. rev. Coimbra: Livraria Almeida, 1998.)

Para o ilustre doutrinador brasileiro, Luís Roberto Barroso, tal característica:

“apesar de o princípio do não-retrocesso social não estar explícito, assim como o direito de resistência e o princípio da dignidade da pessoa humana (para alguns, questão controvertida), tem plena aplicabilidade, uma vez que é decorrente do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.” (BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.158.)

Ressaltando o valor de tal característica, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a presença da mesma no âmbito do nosso ordenamento jurídico constitucional, conforme se verifica:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DANOS MORAIS DECORRENTES DE ATRASO OCORRIDO EM VOO INTERNACIONAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. 2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor. 3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição de República. 4. Recurso não conhecido. (RE 351750 / RJ - RIO DE JANEIRO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Relator(a) p/ Acórdão: Min. CARLOS BRITTO, Julgamento: 17/03/2009 Órgão Julgador: Primeira Turma).

Esta acaba por ser uma característica de extrema relevância para o presente estudo, uma vez que seu objetivo seja impedir que conceitos de atitudes ultrapassadas tomem corpo em um ordenamento jurídico desenvolvido e pautado por princípios.

3.4 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais se desenvolveram de modo vagaroso, conforme característica observada anteriormente, no transcorrer de uma evolução histórico-social, como consequência das conquistas políticas acumuladas, aos poucos, pelo homem. Referidos direitos foram gradativamente sendo disciplinados nos textos constitucionais. Paulo Bonavides, entre os doutrinadores, se destacou ao reunir, por determinadas características, os direitos em diferentes grupos, denominados gerações, porém, este termo pode induzir ao entendimento de que uma geração sucede a outra, o que não é verdade. A sucessão de "gerações" deve ser vista como uma evolução que amplia o catálogo de direitos fundamentais da anterior, sendo possível, inclusive, modificar o modo de interpretá-los. Por essa razão, tem-se usado didaticamente o termo "dimensão".

3.4.1 Direitos de primeira geração

A primeira dimensão de direitos fundamentais foi construída no final do século XVIII e início do século XIX, com a revolução francesa e buscava impor limites à atuação do Estado e à criação de um Estado liberal, ficando conhecida como direito à prestação negativa do Estado. A esse exemplo temos o direito à liberdade, à vida, à inviolabilidade de domicílio, correspondência, telefônica, à propriedade e assim por diante. Pode-se concluir que os direitos de primeira geração são aqueles que consagram meios de defesa da liberdade do indivíduo, a partir da exigência de que não haja interferência abusiva dos Poderes Públicos em sua esfera privada.

3.4.2 Direitos de segunda geração

A segunda dimensão de direitos fundamentais foi fruto da revolução industrial europeia, a partir do século XX, e acentuam o princípio da igualdade entre os homens (igualdade material).

O início do século XX ficou marcado pela Primeira Guerra Mundial e pela luta em prol dos direitos sociais.

Nesse panorama, surgiram as constituições sociais, como a Constituição Mexicana de 1917, e a de maior repercussão, a Constituição da República de Weimar, Alemanha, de 1919, em que se buscava mais auxílio do Estado, introduzindo em seu corpo direitos sociais, trabalhista, cultural e econômico. Por isso, são conhecidos como direito à prestação positiva, dentre os quais se destacam os direitos sociais como saúde, trabalho, alimentação, educação, salário mínimo e aposentadoria, dentre outros.

Esses direitos objetivam justiça social e uma vida mais digna do ser humano na sociedade a qual está inserido, fundamentado na ideia de uma justiça distributiva e no reconhecimento de direitos dos hipossuficientes, em busca de uma igualdade material.

3.4.3 Direitos de terceira geração

Na terceira geração nascem os direitos de fraternidade ou solidariedade que englobam, dentre outros, os direitos ao desenvolvimento, ao progresso, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à autodeterminação dos povos, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, à qualidade de vida, os direitos do consumidor e da infância e juventude.

Em apertada síntese, podemos dizer que são direitos que não se ocupam da proteção a interesses individuais, mas de direitos atribuídos genericamente a todas as sociedades, buscando resguardar interesses de titularidade coletiva ou difusa, que dizem respeito ao gênero humano. É a geração dos direitos fundamentais que estabelece os direitos "transindividuais", também denominados coletivos, entendidos como aqueles nos quais a titularidade não pertence ao homem individualmente, mas a coletividade como um todo.

3.4.4 Direitos da quarta geração

Os direitos de quarta dimensão dos direitos fundamentais são os direitos ligados ao pluralismo e à democracia, ou seja, o direito a ser diferente, à informação, à pluralidade em seus mais diversos aspectos, ao respeito das minorias, dentre outros.

3.4.5 Direitos de quinta geração

A quinta dimensão de direitos fundamentais se concentra para uma nova preocupação no direito, que são as questões inerentes ao universo virtual, denominando-a como o direito cibernético, o que engloba tutela de software, direito autoral pela internet, proteção dos crimes virtuais e assim por diante.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Com a evolução das sociedades modernas, foram criados, gradativamente, uma série de princípios que objetivavam nortear e estruturar o Estado Democrático de Direito.

Reale (1999, p. 60) nos diz que princípios são “verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade”.

Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Nos princípios constitucionais condensa-se bens e valores considerados fundamentos de validade de todo sistema jurídico.

Sabe-se que os princípios, ao lado das regras, são normas jurídicas. Os princípios, porém, exercem dentro do sistema normativo um papel diferente das regras. As regras, por descreverem fatos hipotéticos, possuem a nítida função de regular, direta ou indiretamente, as relações jurídicas que se enquadrem nas molduras típicas por elas descritas. Os princípios consagrados constitucionalmente, servem, a um só tempo, como objeto de interpretação constitucional e como diretriz para a atividade interpretativa, como guias a nortear a opção de interpretação.

Serve o princípio como limite como limite de atuação do jurista. No mesmo passo em que funciona como vetor de interpretação, o princípio tem como função limitar a vontade subjetiva do aplicador do direito.

4.1 Princípios constitucionais fundamentais

São normas constitucionais estruturantes do Estado brasileiro, constituindo seus atributos basilares.

Na concepção de Miguel Reale:

“princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades de pesquisa e da praxis.” (REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª edição. Editora Saraiva: São Paulo, 2002. P. 303.)

Tomando tais apontamentos sobre o que vem a ser os princípios constitucionais fundamentais, é fácil constatar a sua importância para o Direito brasileiro.

4.1.1 Princípio democrático

Está ligado à ideia de soberania popular, em que o poder político pertence ao povo, que o exerce por meio de representantes ou diretamente.

Segundo Marcelo Novelino:

“esse princípio se apresenta como uma das vigas mestras desse modelo, impondo uma organização e um exercício democrático do Poder (ordem de domínio legitimada pelo povo). Na Constituição de 1988, este princípio é concretizado por diversos mecanismos que permitem a participação popular, direta e indireta, na fiscalização e na formação da vontade do governo do Estado. Além da possibilidade de votar e ser votado (CF, art. 14), o cidadão pode se manifestar diretamente sobre determinados temas – por meio de plebiscito, referendo ou iniciativa popular (CF, art. 14, I a III) – e atuar, de forma direta, na fiscalização da gestão da coisa pública (res pública) – por meio da Ação popular (CF, art. 5º, LXXIII).” (NOVELINO, Marcelo. Manual de direito constitucional. – 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 439)

Entendimento à tal princípio é indispensável dada sua relevância no entendimento político dos cidadãos.

4.1.2 Princípio republicano

Diz respeito à forma de governo escolhida pelo Estado brasileiro, caracterizado pela temporariedade do mandato, eletividade e responsabilidade do chefe de estado e governo.

Marcelo Novelino traz que:

“A república apresenta, entre suas notas características, o caráter representativo de seus governantes, inclusive do chefe de estado (representatividade), a necessidade de alternância no poder, e a responsabilidade política, civil e penal dos governantes. A forma republicana de governo possibilita a participação dos cidadãos, direta ou indiretamente, no governo e na administração pública, sendo irrelevante a ascendência do indivíduo para que possa titularizar e exercer funções públicas.

A república postula ainda, que o debate de ideias na esfera pública seja sempre pautado por razões públicas, com o respeito e a valorização das diferentes concepções ideológicas, filosóficas e religiosas. (NOVELINO, Marcelo Manual de direito constitucional. – 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 437).

A república é a forma de governo que busca equilibrar de forma justa os outros dois princípios fundamentais, quais sejam o democrático e o federativo, todos estes foram

tidos como os pertinentes para o desenvolvimento da sociedade brasileira após todo um contexto histórico.

4.1.3 Princípio federativo

Refere-se à forma de Estado adotada pelo Brasil, caracterizada por uma ordem soberana e diversas ordens políticas autônomas.

Um Estado assume a forma federativa uma vez que vários Estados celebram um pacto com o objetivo de transmitir sua soberania para um ente central, passando a ter sua autonomia regulada nos termos da constituição.

Para Marcelo Novelino:

“o princípio federativo, que tem como núcleo essencial o respeito à autonomia constitucionalmente conferida a cada ente integrante da federação deve servir de diretriz hermenêutica tanto no âmbito de elaboração quanto no de aplicação das leis”. (NOVELINO, Marcelo Manual de direito constitucional. – 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 437).

O ilustre doutrinador, ao dar seguimento em seu raciocínio, reflete de maneira acertada a indissolubilidade do pacto federativo quando afirma que:

“No Brasil, assim como ocorre nos EUA, as unidades federadas receberam a denominação de Estados, o que, em termos políticos, reforça a ideia de autonomia atribuída a cada uma delas. O vínculo entre esses Estados – membros, que são entes federativos unidos pela constituição, não tem natureza semelhante a de acordos internacionais celebrados entre Estados soberanos e que, a qualquer instante, pode ser denunciado pelo Estado – parte.

O princípio da indissolubilidade do pacto federativo, consagrado no Brasil desde a primeira constituição republicana (1891), tem por finalidade conciliar a descentralização do poder político com a preservação da unidade nacional. Ao estabelecer que a república federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Distrito Federal e Municípios, a Constituição veda, aos entes que compõe a federação brasileira, o direito de secessão.

Caso ocorra qualquer tentativa de separação tendente a romper com a unidade da federação brasileira, é permitida a intervenção federal com o objetivo de manter a integridade nacional (CF, art. 34, I).” (NOVELINO, Marcelo. Manual de direito constitucional. – 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 437).

Essa característica caba por dar corpo e determinando a organização interna e a representatividade internacional do País.

4.2 Princípios constitucionais gerais

Estes Princípios exercem papel fundamental para o direito como um todo uma vez que neles condensam-se bens e valores que funcionam como verdadeiros fundamentos de validade de todo o sistema jurídico, bem como servindo de vetor de interpretação de todos os operadores do direito.

4.2.1 Princípio da legalidade

Refere-se à ideia de que os órgãos, as pessoas e autoridades devem se submeter aos preceitos legais. Existem dois tipos de legalidade:

A *legalidade genérica* (art. 5º, II), na qual a pessoa pode fazer tudo que a lei não proíbe. A *legalidade administrativa* (art. 37, caput), que é exatamente o inverso, ou seja, o administrador só pode atuar se houver previsão legal.

Segundo Pedro Lenza, “o princípio da legalidade surgiu com o Estado de Direito, opondo-se a toda e qualquer forma de poder autoritário. Este princípio já estava previsto no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.”. (2014. p. 1078). O ilustre doutrinador segue seu pensamento afirmando que “no âmbito das relações particulares, pode-se fazer tudo o que a lei não proíbe, vigorando o princípio da autonomia da vontade, lembrando a possibilidade de ponderação desse valor com o da dignidade da pessoa humana.”. (2014. p. 1078).

4.2.2 Princípio da Igualdade

No texto da Constituição, encontramos a Igualdade formal, que prevê a igualdade a todos, bem como encontramos a Igualdade Material, no qual consiste em conceder tratamento diferenciado a pessoas que se encontram em situações diferentes.

A esse respeito, Pedro Lenza diz que “no Estado social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada em face da lei.”. (2014. p. 1072).

No corpo da Constituição Federal de 1988 existem vários dispositivos que aprofundam a regra da isonomia material, tais como:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Esses são alguns dos dispositivos que explicitam o referido princípio e demonstram sua importância para a sociedade brasileira.

4.2.3 Princípio do devido processo legal (due process of law)

Este princípio é analisado sob dois prismas: o *devido processo legal*, que busca assegurar a regularidade do procedimento, e deste derivam a demanda, contraditório, ampla defesa e igualdade entre as partes; e o *devido processo legal material*, que tem por função assegurar o exame de atos legislativos, administrativos e judiciais, tendo como corolário o princípio da proporcionalidade, representada pelo tripé necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo Nelson Nery Júnior :

“Genericamente, o princípio do *due process of law* caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause*.” (Nelson Nery Júnior. 2006, p.63)

Segundo Marcelo Abelha Rodrigues, a garantia do devido processo legal “é a fonte mediata ou imediata dos princípios judiciais existentes dentro de um sistema jurídico como um todo”. (2003, p. 98).

Nelson Nery Júnior prossegue seu entendimento afirmando o seguinte:

[...] bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do due process of law para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantissem aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais são espécies. Assim é que a doutrina diz, por exemplo, serem manifestação do “devido processo legal” o princípio da publicidade dos atos processuais, a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova obtida por meio ilícito, assim como o postulado do juiz natural, do contraditório e do procedimento regular. (2006, p.60).

O entendimento do referido princípio é essencial para todo o ordenamento jurídico como um todo e de extrema pertinência para o presente estudo, como veremos adiante.

4.2.4 Princípio do acesso ao judiciário

Esse princípio estabelece que nenhuma lesão pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário. Como Humberto Teodoro Júnior observa, “todo litigante que ingressa em juízo, observando os pressupostos processuais e as condições da ação, tem direito à prestação jurisdicional”.

Tal princípio não traz em seu sentido apenas esta acepção formal do que venha a ser de fato o acesso à justiça, ele também objetiva materializar o acesso à justiça, desenvolvendo meios e condições para que o cidadão possa, efetivamente, gozar de proteção jurisdicional.

5 BRASIL COMO ESTADO SOBERANO

A soberania nos traz a ideia de um Estado forte, com capacidade de manter legítimos alicerces, defendendo preceitos ideológicos de agente internos e externos. Soberania tem reflexos em muitas áreas, não se restringindo apenas ao direito em si, mas no presente estudo, teremos o mesmo como foco das atenções para o entendimento da soberania.

5.1 Conceito de soberania

A exata compreensão do conceito de soberania está atrelada ao entendimento do que venha a ser Estado Federal. Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco: “não há um modelo único de Estado federal a ser servilmente recebido como modelo necessário.”. Seguindo ainda o entendimento do ilustre autor temos que: “não obstante, alguns traços gerais podem ser divisados como típicos dessa forma estatal, dessa forma, a soberania, no federalismo é atributo do Estado federal como um todo.”.

Nas palavras de Marcelo Novelino, faz uma análise da soberania em uma breve reflexão histórica nos seguintes termos:

“Em seus primórdios, o conceito de soberania – para o qual não houve equivalente na Antiguidade ou na Idade Média – designava precipuamente o poder supremo atribuído ao príncipe no âmbito interno, e não a dependência de um Estado em relação aos demais. Posteriormente a soberania passou a ser definida como um poder político supremo e independente. Supremo, por não estar limitado a nenhum outro na ordem interna; independente, por não ter de acatar, na ordem internacional, regras que não sejam voluntariamente aceitas e por estar em igualdade com os poderes supremos dos outros povos. Portanto, este conceito pode ser utilizado em dois âmbitos distintos. A soberania externa, com referência à representação dos Estados, uns para com os outros, na ordem internacional; a soberania interna relacionada a supremacia estatal perante seus cidadãos na ordem interna. Por ser um instituto dinâmico, a soberania está constantemente sujeita a alterações em seu sentido. A evolução do Estado de Direito formal para o Estado Constitucional Democrático fez com que, no plano interno, a soberania migrasse do soberano para o povo, exigindo-se uma legitimidade formal e material das Constituições. No plano externo, a rigidez de seus contornos foi relativizada com reformulação do princípio da autodeterminação dos povos e o reconhecimento do Estado pela comunidade Internacional.” (NOVELINO, Marcelo Manual de direito constitucional. – 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 445).

A soberania está circunscrita ao conceito de Estado. Estado não soberano ou semi-soberano não é Estado. A soberania é uma autoridade eminente que não pode ilimitável por qualquer outro poder.

Os Estados-Membros de uma federação não possuem soberania. Tal qualificador máximo é investido no órgão federal. Foi convencionado na Constituinte de Filadélfia, onde se instituiu o regime federalista, que as unidades estatais integrantes da União se denominariam Estados-Membros, com autonomia de direito público interno, sendo privativo da União o poder de soberania interna e internacional. A soberania é una, integral e universal. Não pode sofrer restrições de qualquer tipo, salvo, naturalmente, as que decorrem dos imperativos de convivência pacífica das nações soberanas no plano do Direito Internacional.

Soberania relativa ou condicionada por um poder normativo dominante não é uma verdadeira soberania, uma vez que não se confunde com a simples autonomia. Paulo Gustavo Gonet entende a autonomia da seguinte maneira:

“A autonomia importa, necessariamente, descentralização do poder. Essa descentralização é não apenas administrativa como, também, política. Os Estados-Membros não apenas podem, por suas próprias autoridades, executar leis, como também é-lhes reconhecido elaborá-las. Isso resulta em que se percebe no estado Federal uma dúplici esfera de poder normativo sobre um mesmo território, e sobre as pessoas que nele se encontram, há uma incidência de duas ordens legais: a da União e a do Estado-Membro. A autonomia política dos Estados-Membros, ganha mais notado relevo por abranger também a capacidade de autoconstituição. Cada Estado-Membro de dotar-se de uma Constituição, por ele mesmo concebida, sujeito embora a certas diretrizes impostas pela Constituição Federa, já que o Estado-Membro não é soberano.”. (MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet, Curso de Direito Constitucional, 9ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 979)

Etimologicamente, o termo soberania provém de *superanus*, *supremias*, ou *super omnia*, configurando-se definitivamente através da formação francesa *souveraineté*, que expressava, no conceito de Bodin, "o poder absoluto e perpétuo de uma República".

Historicamente, é bastante volúvel a aceção do conceito de soberania, no tempo e no espaço. No Estado grego antigo, como se nota na obra de Aristóteles, falava-se em autarquia, significando um poder moral e econômico, de auto-suficiência do Estado. Já entre os romanos, o *poder de imperium* era um poder político excelso que se refletia na majestade imperial incontestável. Nas monarquias medievais era o poder de suserania de fundamento carismático e intocável. No absolutismo monárquico, que teve o seu clímax em Luiz XIV, a soberania passou a ser o poder pessoal exclusivo dos monarcas, sob a crença generalizada da origem divina do poder de Estado. Finalmente, no Estado Moderno, a partir da Revolução Francesa, firmou-se o conceito de poder político e jurídico, emanado da vontade geral da nação.

Entre célebres pensamentos acerca da soberania, podemos destacar que, segundo Miguel Reale "a soberania é uma espécie de fenômeno genérico do poder. Uma forma

histórica do poder que apresenta configurações especialíssimas que se não encontram senão em esboços nos corpos políticos antigos e medievos."

Pinto Ferreira afirma que "a soberania é a capacidade de impor a vontade própria, em última instância, para a realização do direito justo."

Por Clóvis Beviláqua entendemos que a soberania nacional nada mais é que "a autoridade superior, que sintetiza, politicamente, e segundo os preceitos de direito, a energia coativa do agregado nacional."

5.2 A soberania na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A soberania é a qualidade do Estado que lhe concede, também, liberdade de organização a ponto de definir-se política e juridicamente de forma independente de outros Estados, o que se estende e está intimamente ligado ao exercício do Poder Constituinte Originário.

O Poder Constituinte Originário "é a expressão maior da soberania do Estado" (DEL NEGRI, Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2857>>. Acesso em: 03 DEZ. 2016.). Tal poder é, na visão de Pedro Lenza, "aquele que instaura uma nova ordem jurídica, rompendo por completo com a ordem jurídica precedente, tendo como objetivo principal, portanto, criar um novo Estado, diverso do que vigorava em decorrência da manifestação do Poder constituinte precedente". (2012. p. 221).

Nada mais é que um poder inicial, na medida em que positiva a base do ordenamento jurídico, qual seja, a Constituição; é um poder ilimitado e autônomo, pois não se limita por outra norma jurídica preexistente; e é um poder incondicionado, por não necessitar seguir procedimentos pré-fixados ao elaborar uma nova Constituição.

No ordenamento jurídico pátrio, a Soberania Popular inaugura o poder constituinte, uma vez que o mesmo é de titularidade do povo, mas se expressa por meio de representantes eleitos. O exercício do Poder Constituinte, assim sendo, é "daquele que, em nome do povo, cria o Estado, editando a nova Constituição" (MORAES, 2008, p.22).

A Soberania, em diversas oportunidades, se apresenta na Constituição Federal. O *caput* do art. 1º da Constituição Federal traz em seu conteúdo que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. José Afonso Silva entende que o Estado Democrático "se funda no princípio da soberania popular, que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública", além disso, "visa a realizar o princípio

democrático como garantia real dos direitos fundamentais da pessoa humana”. (Disponível em: <<http://www.direitoria.net/>>. Acesso em: 18 abr. 2008.)

No art. 1º, I, da Constituição Federal, o fenômeno da soberania é tratado como fundamento da República Federativa do Brasil:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania.

A dignidade da pessoa humana se apresenta no art. 1º, III, da Constituição Federal, também como um fundamento da República Federativa do Brasil. A respeito desse assunto Alexandre de Moraes afirma:

Sem respeito à dignidade da pessoa humana não haverá Estado de Direito, desaparecendo a participação popular nos negócios políticos do Estado, quebrando-se o respeito ao princípio da soberania popular, que proclama todo o poder emanar do povo, com a conseqüência nefasta do fim da Democracia (MORAES, 2008, p. 208).

Ainda, no art. 1º, parágrafo único, a definição de que “todo o poder emana do povo”, demonstra o posicionamento do Brasil quanto a questão da soberania, ou seja, rege-se pela Soberania Popular.

O asilo político encontra-se disciplinado no art. 4º, X da Constituição Federal, e se apresenta como princípio norteador das relações internacionais do Brasil com outros Estados. O asilo político é a “proteção dada pelo Estado ao estrangeiro acusado de crime político ou de opinião e refugiado em seu território, não permitindo sua prisão ou extradição pelo país de origem” (PAULO, 2005, p. 49). A concessão do asilo político é um ato de Soberania Nacional de competência do Presidente da República.

O art. 5º, inciso LXXI, fala diretamente da soberania, e os incisos LXXIII, LXXVII, e o parágrafo segundo do referido artigo, tratam da soberania de forma indireta.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; (...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à

moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; (...)

LXXVII - são gratuitas as ações de "habeas-corpus" e "habeas-data", e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania. (...)

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O posicionamento constitucional é claro com relação à possibilidade da adesão à tratados e a validade dos mesmos quando fazem parte do ordenamento interno.

5.3 A Soberania na relação com os tratados internacionais

O art. 5º, §2º da Constituição Federal, prevê que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais de que o Brasil faça parte. Com base nesta previsão, não há o que debater quanto a qualquer pensamento contrário à ideia de Soberania Nacional, uma vez que o Brasil tenha aderido ao pactuado internacionalmente por entender que assim deveria fazer e gozando plenamente de sua própria vontade. Podemos até mesmo, levando em consideração o tema em comento, destacar o posicionamento do Juiz Federal Frederico Augusto Leopoldino Koehler (KOEHLER, 2009) que defende a teoria do *venire contra factum proprium non valet* (não se pode ir contra um fato praticado por si próprio). Ele afirma que após a aprovação de um tratado internacional e após a ratificação do mesmo pelo Presidente da República, o Poder Legislativo não deverá aprovar leis que sejam contrárias, sob pena de praticar má-fé internacional.

6 ANÁLISE BASEADA NOS TRATADOS INTERNACIONAIS AOS QUAIS O BRASIL É SIGNATÁRIO

Os Tratados Internacionais exercem papel fundamental na sociedade contemporânea pela sua abrangência mundial e pela sua capacidade de uniformizar determinado entendimento por diversos países, tendo influencia direta sobre o direito.

6.1 O que são tratados internacionais

O instrumento com maior relevância para a criação de tratados internacionais é a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 que, no Brasil, foi ratificada pelo Congresso Nacional com o Decreto legislativo nº 496/2009 e promulgada pelo decreto nº 7.030/2009.

Do referido diploma, podemos extrair, em seu art. 2º, o conceito formal de Tratado Internacional como sendo um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito internacional, quer esteja consignado em um instrumento único, quer em dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja a sua denominação particular.

Segundo José Francisco Rezek, “tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”. (2014. p. 31). Paulo Borba Gasella, outro ilustre autor, pensa o tratado internacional como sendo um “ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos de direito internacional. (2012. p. 140)

A Convenção de Viena demonstra a irrelevância do nome para a qualificação jurídica do tratado, dessa maneira, o mesmo representa a vontade soberana das partes signatárias, pouco importando a sua nomenclatura.

6.2 Personalidade jurídica internacional

Apenas Estados soberanos, bem como organizações internacionais, gozam de competência para celebração de tratados. De maneira excepcional, a Santa Sé é reconhecida como sujeito competente para firmar concordatas (denominação conferida aos tratados de natureza religiosa, cujos temas incluem a organização da atividade, a estrutura eclesiástica e as relações de representação entre as partes) com outros sujeitos de direito internacional público.

Francisco Rezek, em suas palavras esclarecedoras, faz pertinente comentário:

“o fato de encontrar-se sobre certo território bem delimitado uma população estável e sujeita à autoridade de um governo, não basta para identificar o Estado enquanto pessoa jurídica de direito das gentes: afinal, esses três elementos se encontram reunidos em circunscrições administrativas várias, em províncias federais como a Califórnia e o Paraná, até mesmo em municípios como Diamantina e Buenos Aires. Identificamos o estado quando seu governo – ao contrário do que sucede com o de tais circunscrições – não se subordina a qualquer autoridade que lhe seja superior, não reconhece, em última análise, nenhum poder maior de que dependa a definição e o exercício de suas competências, e só se põe de acordo com os seus homólogos na construção da ordem internacional, e na fidelidade aos parâmetros dessa ordem, a partir da premissa de que aí vai um esforço horizontal e igualitário de coordenação no interesse coletivo. Atributo fundamental do Estado, a soberania o faz titular de competências que, precisamente porque existe uma ordem jurídica internacional, não são limitadas; mas nenhuma outra entidade as possui superiores.” (REZEK, José Francisco. **Direito internacional público : curso elementar** – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014. p. 224).

É importante salientar que as Organizações Não Governamentais (ONGs), empresas e indivíduos não possuem personalidade jurídica de direito internacional, não podendo, portanto, figurar como parte de tratados.

Existe uma linha de pensamento bastante atual, que defende essa personalidade seja atributo também da pessoa humana, a qual é a finalidade de toda a criação e reflexão jurídica. A crítica a esse raciocínio vem na medida em que tais pessoas já usufruem do direito pátrio de seus Estados bem como dos outros, conceder uma personalidade internacional, legitimaria a concessão, também, para empresas e outros possuem apenas o lucro como finalidade. (José Francisco Rezek, 2014).

José Francisco Rezek traz em sua obra, ainda, uma pertinente reflexão sobre a personalidade jurídica dos Estados e das organizações:

“a personalidade jurídica dos estados, diz-se *originária*, enquanto *derivada* a das organizações. O estado, com efeito, não tem apenas precedência histórica: ele é antes de tudo uma realidade física, um espaço territorial sobre o qual vivem seres humanos. A Organização Internacional carece dessa dupla dimensão material. Ela é produto exclusivo de uma elaboração jurídica resultante da vontade conjugada de certo número de Estados. Por isso se pode afirmar que o tratado constitutivo de toda organização internacional tem, para ela, importância superior à da Constituição para o Estado. A existência deste último não parece condicionada à disponibilidade de um diploma básico. O estado é contingente humano a conviver, sob alguma forma de regramento, dentro de certa área territorial, sendo certo que a constituição não passa de cânon jurídico dessa ordem. A organização Internacional, de seu lado, é apenas uma realidade jurídica: sua existência não encontra apoio senão no tratado constitutivo, cuja principal virtude não consiste, assim, em disciplinar - lhe o funcionamento, mas em haver - lhe dado vida, sem que nenhum elemento material preexistisse ao ato jurídico criador.” (REZEK, José Francisco. **Direito internacional público : curso elementar** – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014. p. 160).

Apesar de muito interessante, e de gerar discussões, o entendimento de que apenas Estados soberanos, bem como organizações internacionais, gozam de competência para celebração de tratados ainda é majoritário dentre os pensadores do direito internacional.

6.3 Pressupostos de consentimento

O Direito internacional regulamenta dentro dos seus limites, o que o impede de interferir com relação ao consentimento dos Estados soberanos na efetivação dos tratados. Esse assunto encontra seu respaldo legal no ordenamento jurídico interno de cada Detentor de personalidade jurídica internacional, no qual se encontrarão os devidos procedimentos e requisitos para que o tratado possa ter validade, e que, no caso de desrespeito a qualquer um destes, compromete sua legitimidade no plano internacional.

Roberto Caparroz, de maneira clara e objetiva, nos explica as maneiras como podem ocorrer o processo de consentimento:

“O consentimento pode ocorrer por meio de assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou, ainda, por quaisquer outros meios decididos pelas partes.
A assinatura do texto pelo representante competente tem o condão de produzir os efeitos jurídicos desejados, além de conferir validade e autenticidade ao tratado.
Trata-se de ato de Estado, mediante o qual fica atestada a concordância definitiva com o conteúdo pactuado e os exatos limites desse comprometimento.
O consentimento pode também se manifestar a partir da troca dos respectivos instrumentos constitutivos, quando assim dispuser o acordo.
Conforme o sistema constitucional de cada Estado (ou a vontade manifesta no texto), o consentimento pode se sujeitar a posterior ratificação para adquirir eficácia jurídica.” (CAPARROZ, Roberto. Direito internacional público – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 33)

Fica claro que existem particularidades na maneira a ser adotada para a adoção de um acordo internacional de acordo com o Estado, bem como que um mesmo Estado pode adotar várias maneiras.

6.4 Pressupostos constitucionais de consentimento no sistema brasileiro

A Constituição Federal de 1988 traz em seus arts. 49, I e 84, VIII as seguintes disposições:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; [...]
Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:[...]
VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional:[...].

Os dispositivos deixam claro que, no Brasil, a competência para a ratificação dos tratados é de competência do Presidente da República, mas exige-se uma prévia aprovação por parte do Congresso Nacional, uma vez que essa atitude demonstrará a vontade do Estado a níveis internacionais.

Um acontecimento interessante e que reflete uma realidade, foi o fato da Convenção de Viena ter tramitado no Congresso nacional por longos 17 anos, sendo aprovada definitivamente apenas em 2009. Isso demonstra claramente que a ratificação de um tratado tem sua natureza plenamente discricionária prazo ou qualquer sanção para o momento de sua manifestação cabal, que pode, inclusive, nunca acontecer. Isso não é na verdade uma regra prescrita. O acordo pode muito bem, em suas disposições, conter previamente especificações para a sua ratificação, como um prazo máximo para adesão e o número de estados que deverão fazer parte dele, como se observa em tratados multilaterais.

Roberto Caparroz descreve tal procedimento de recepção dos tratados da seguinte maneira:

“ O modelo republicano adotado pela Constituição Brasileira, com a clássica divisão dos poderes intuída, há séculos, por Montesquieu, pressupões invariavelmente, a participação do legislativo e do executivo na produção de normas jurídicas. No caso de introdução de tratados no ordenamento brasileiro, o procedimento inicia-se com a celebração do acordo pelo Presidente da República (art. 84, VIII, CF) e posterior encaminhamento para referendo do Congresso Nacional (art. 49, I, CF). O compartilhamento de atribuições entre os poderes Legislativo e Executivo, previsto pela Constituição, é conhecido no direito internacional como *Treaty making power*, expressão que podemos traduzir livremente como ‘competência para dispor sobre tratados’.”. (CAPARROZ, Roberto. Direito internacional público – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 42)

Percebe-se que o processo de adesão a um tratado, por inúmeras razões, tais como as expostas, tornam o mesmo vagaroso.

6.5 Hierarquia das Normas Internacionais no Ordenamento Jurídico Brasileiro

As normas incorporadas ao Ordenamento Jurídico Brasileiro por meio dos tratados internacionais adquirem, normalmente, o status de norma infraconstitucional. O Brasil adota a supremacia da constituição sobre a norma internacional.

6.5.1 Tratados internacionais que versão sobre direitos humanos

O poder constituinte derivado foi responsável por introduzir no texto normativo de nossa Constituição o entendimento de que normas que tratam de direitos humanos advindas de tratados internacionais possuirão status de Emenda Constitucional, desde que sejam obedecidos o respectivo rito das Emendas.

Isso só é possível graças a emenda Constitucional n. 45/2004, responsável por introduzir o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, bem como do § 2º do referido artigo, que já era pré-existente. Tal disposição está expressa da seguinte maneira:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.[...].

Pode ser observado que, mais uma vez, foi respeitada uma particularidade referente ao processo legislativo nacional, ao passo que, buscou-se uma valorização tanto do tratado em si quanto do conteúdo do mesmo, no caso os direitos humanos, permitindo uma atualização da proteção às garantias fundamentais à medida que o reconhecimento de novos direitos se consolidam no âmbito internacional, bem como reconhece a sua extrema importância relacionado aos objetivos de nosso ordenamento jurídico.

Resta agora entender o que acontece com a norma proveniente de tratado internacional que versa sobre direitos humanos, mas que não obedeceu ao rito das Emendas Constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-SP, em dezembro de 2008, firmou entendimento a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. O Supremo concluiu, majoritariamente, que tratados como esses, antes equiparados às normas ordinárias federais, guardam status de norma supralegal, isto é, encontram-se em uma posição acima da legislação ordinária, mas abaixo da Constituição. Tal posicionamento aceita a hipótese de tais tratados alcançam hierarquia constitucional, desde observado o procedimento previsto no parágrafo 3º, artigo 5º da CF, como já observado.

Tal recurso discutiu sobre a impossibilidade da prisão civil do depositário infiel diante do disposto no artigo 7º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), que estabelece que: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

Com essa nova percepção do Supremo, uma vez aprovado um tratado internacional de direitos humanos, o mesmo passa a ter hierarquia superior à lei ordinária (supralegal ou constitucional), ocorrendo a revogação das normas que o contradizem.

Levando em consideração que o Pacto São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, só prevê a prisão civil por alimentos e diante da nova posição do Supremo que considera a supralegalidade dos tratados internacionais que versão sobre direitos humanos, a legislação ordinária relacionada com o depositário infiel, que se opõe ao texto humanitário internacional, deverá se tornar inválida. Ocorre que não só a legislação ordinária tratava da questão do depositário infiel, mas também a própria Constituição, em seu artigo 5º, LXVII, determina a prisão do depositário infiel e do devedor de pensão alimentícia. O STF entendeu que os tratados de direitos humanos possuem status supralegal e, sendo assim, estão abaixo da Constituição. É possível concluir, portanto, que a prisão do depositário infiel não foi considerada inconstitucional, pois sua previsão segue na Constituição (superior aos tratados), mas, na prática, passou a ser ilegal, uma vez que as leis que operacionalizam a prisão civil de depositário infiel estão abaixo dos tratados internacionais de direitos humanos. Na Sessão Plenária do dia 16 de dezembro de 2009 o STF solidificou o seu entendimento ao publicar a Súmula Vinculante 25 que expressa o seguinte: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. (Cf. STF: Depositário infiel: jurisprudência do STF muda e se adapta ao Pacto. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116379&caixaBusca=N> > Acesso em: 8 de novembro de 2016.)

6.6 Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)

A Convenção Americana de Direitos Humanos é um tratado internacional entre os países-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) e que foi subscrita durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José da Costa Rica. Entrou em vigor em 18 de julho de 1978.

O governo brasileiro depositou a carta de adesão a essa convenção em 25 de setembro de 1992, entrando em vigor no Brasil nesta mesma data. Tal convenção foi promulgada através do Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. Em 8 de junho de 1990, foi elaborado um Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à abolição da pena de morte, o qual foi ratificado pelo Brasil em 13 de agosto de 1996 e promulgado através do Decreto nº 2.754 de 27 de agosto de 1997.

O objetivo da elaboração deste tratado é a busca da consolidação entre os países americanos de um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos essenciais, independentemente do país onde a pessoa viva ou tenha nascido. O pacto tem influência marcante da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que compreende o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria e sob condições que lhe permitam gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos. Prova clara disso, assim como em seu corpo na integralidade, o preambulo do referido tratado trás o seguinte:

Os Estados americanos signatários da presente Convenção,
Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem;
Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos;
Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional;
Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; [...]

Torna-se claro os objetivos a serem alcançados pelo tratado logo em sua introdução, e o conteúdo de seus artigos tornam ainda mais claros sua discrepância com o conteúdo da Lei do Abate.

6.6.1 Lei do Abate X Convenção Americana de Direitos Humanos

Uma vez incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, o Pacto de São José da Costa Rica torna-se um compromisso a ser cumprido e respeitado pelo estado, bem como sua submissão à jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Não é preciso uma análise aprofundada dos dispositivos da Convenção para percebermos que suas disposições são contrárias ao conteúdo da Lei 9.614/98, que incluiu no art. 303 da Lei 7.565/86 (Código Aeronáutico), o § 2º com a hipótese de destruição de aeronave.

Os termos do tratado são os seguintes:

PARTE I
DEVERES DOS ESTADOS E DIREITOS PROTEGIDOS [...]
CAPÍTULO II
DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS [...]
Artigo 4. **Direito à vida**

1. **Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.**
2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.
3. **Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.**
4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos.
5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.
6. **Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.**[...]. (grifo nosso).

Há um claro desrespeito quanto à vida uma vez autorizado o disparo de um tiro que objetiva a destruição, conduta vedada pelo termo 1 do art. 4 do referido tratado. Uma atitude que remete ao modo de agir de países pautados em uma ditadura autoritária.

O termo 3 do art. 4 do pacto em questão proíbe o restabelecimentos da pena de morte uma vez abolida, o que evidencia a clara contradição de se ter uma norma tal qual a lei do Abate circunscrita em nosso ordenamento pátrio. Existe uma espécie de “pena de morte tácita”, dada as remotíssimas chances de sobrevivência na derrubada de uma aeronave.

Percebemos também uma violação ao que o termo 6 nos traz, pois não há chances de um desenrolar processual, não há voz pra quem será atingido.

Além do solene direito à vida, que é centro de questões internacionais, o pacto de São José da Costa Rica se preocupou com outros aspectos de extrema relevância, e que, em uma análise dicotômica em relação à Lei do Abate, são deixados de lado. Podemos observá-los nos seguintes dispositivos:

Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
 - a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
 - b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
 - d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
 - f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
 - g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;
- h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.
 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.[...]. (grifo nosso).

Podemos observar um artigo inteiro violado. Um artigo que reflete a busca pela legalidade dos atos, bem como de direitos processuais característicos de democracias, pautados em justiça e valorização da vida e da dignidade humana. Consumação do que se discute, o tiro de destruição, aniquila completamente qualquer possibilidade de que sequer o primeiro passo para o desenvolvimento de um procedimento justo seja dado. Tal vilipêndio é observado, também no seguinte dispositivo:

Artigo 25. Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

- a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
- b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
- c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

Não há o que se falar em judicial no procedimento adotado pelo código aeronáutico, apenas uma atitude prevista, de maneira ilegítima, na nossa legislação que desrespeita os princípios fundadores de nosso estado.

7 – VIOLAÇÕES PRINCIPIOLÓGICAS ACARRETADAS PELA LEI Nº 9.614/98

Alguns dos princípios constitucionais bem como direitos fundamentais foram abordados em momentos anteriores no presente estudo, mas em uma análise detalhada e tendo como parâmetro o dispositivo que enseja e polemiza toda a discussão, veremos de que maneira o mesmo é inconcebível em nosso ordenamento contrapondo-o a esses princípios e direitos já trabalhados.

7.1 Violação ao devido processo legal

Para que qualquer decisão que tenha o condão de privar direitos seja considerada legítima, é necessário que sejam observados o processo que está legalmente estabelecido. Isso o liga a ideia de um processo justo e adequado, com fulcro nos princípios da justiça que servirão de base para que os juízes possam analisar as leis de maneira plena.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, LIV, dispõe o seguinte:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...]

Nas palavras elucidativas de Marcelo Novelino, temos que o devido processo legal:

“se dirige, em um primeiro momento, ao legislador, constituindo-se em um limite à sua atuação, que deverá pautar-se pelos critérios de justiça, razoabilidade e racionalidade. Como decorrência deste princípio surgem o postulado da proporcionalidade e algumas garantias constitucionais processuais, como o acesso à justiça, o juiz natural, a ampla defesa, o contraditório, a igualdade entre as partes e a imparcialidade do magistrado.

O princípio do devido processo legal é o núcleo material comum de todas as garantias relacionadas à efetividade e à justiça, não apenas dos processos judiciais, mas também dos administrativos. É exatamente a aplicação das garantias constitucionais processuais ao processo administrativo que faz dele um verdadeiro processo e não um mero procedimento. (NOVELINO, Marcelo. Manual de direito constitucional. – 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 704)

O dispositivo apresentado pela lei nº 9.614/98 diz exatamente o seguinte:

“ Art. 1º O art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, passa a vigorar acrescido de um parágrafo, numerado como § 2º, renumerando-se o atual § 2º como § 3º, na forma seguinte:

Art. 303.

§ 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeito à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.

§ 3º A autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório.[...]” (grifo nosso).

Não observamos no dispositivo a presença do poder judiciário. Como atribuir a função de julgar e executar uma “pena” ao chefe do executivo pode está de acordo com os princípios basilares de nosso dito Estado democrático de direito?

Algo que chama a atenção ao nos depararmos com uma norma com esse conteúdo, são as semelhanças com características de uma monarquia absolutista, à medida que uma pessoa acumula poder o suficiente para cometer arbitrariedades. O modelo republicano vai de encontro a esse tipo de situação. O devido processo legal, assim como os demais princípios constitucionais, bem como os que norteiam toda a comunidade internacional, é fruto de um longo processo histórico. Isso revela que o mesmo foi pensado, discutido, e hoje é o melhor que pode ser, desde que seja legítimo, e não um processo com previsão em uma norma que contradiz todo um ordenamento jurídico.

De Maneira a complementar nosso entendimento, José Afonso da Silva afirma que “o devido processo legal está baseado em três princípios, quais sejam: o acesso à justiça, o contraditório e a plenitude de defesa.” (2005, p.189).

7.1.1 Violação ao contraditório e à ampla defesa

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, LV, dispõe o seguinte:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;(..."

O contraditório e a ampla defesa, assim como todas as normas e princípios que compõe nossa norma fundamental, devem ser entendidos e interpretados em conjunto com

todas a outras normas que compõe a Constituição. Logo, não há como pensar os presentes como meros princípios processuais, pois estão sedimentados na doutrina e positivados no ordenamento jurídico nacional, possuindo status de norma fundamental e de observância obrigatória, o que torna o titular do direito, ou seja, todos sem distinção, gozadores dos mesmos antes mesmo de figurarem como parte em uma lide.

Gilmar Ferreira Mendes, de maneira clara e objetiva, nos ensina que “o contraditório e a ampla defesa não se constituem em meras manifestações das partes em processos judiciais e administrativos, mas, e principalmente uma pretensão à tutela jurídica.” (2009, p.592).

Observando ainda o entendimento de Ana Paula Barcellos, os princípios relacionados à dignidade da pessoa humana não podem ser suprimidos ou restringidos uma vez ligados diretamente a técnica da cláusula pétrea constitucional:

“Do ponto de vista existencial, a constitucionalização dos princípios da cidadania e dignidade da pessoa humana é capaz de protegê-los da restrição ou supressão através da técnica da cláusula pétrea (art. 60, § 4o da CF/88), pelo qual se retira da alçada do legislador ordinário, e até mesmo do poder constituinte derivado ou reformador, a possibilidade de tratar da matéria, salvo para ampliá-la. Assim, toda e qualquer corrente política que venha a ser democraticamente eleita, seja qual for seu programa político, terá sua ação subordinada juridicamente a esses princípios fundamentais, pois o próprio Estado brasileiro está a eles vinculado”. (BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.)

Ao analisarmos novamente o conteúdo da Lei 9.614/98, já transcrita anteriormente neste estudo, podemos observar que não há chances de uma defesa técnica, só de uma execução sumária.

O Decreto nº 5.144, DE 16 de julho de 2004, regulamenta os §§ 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins, dispositivos que estão consubstanciados na lei analisada no presente estudo, e descrevem o procedimento a ser seguido, como podemos ver:

Art. 1º Este Decreto estabelece os procedimentos a serem seguidos com relação a aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins, levando em conta que estas podem apresentar ameaça à segurança pública.

Art. 2º Para fins deste Decreto, é considerada aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins aquela que se enquadre em uma das seguintes situações:

I - adentrar o território nacional, sem Plano de Vôo aprovado, oriunda de regiões reconhecidas fontes de produção ou distribuição de drogas ilícitas; ou

II - omitir aos órgãos de controle de tráfego aéreo informações necessárias à sua identificação, ou não cumprir determinações destes mesmos órgãos, se estiver cumprindo rota presumivelmente utilizada para distribuição de drogas ilícitas.

Art. 3º As aeronaves enquadradas no art. 2º estarão sujeitas às medidas coercitivas de averiguação, intervenção e persuasão, de forma progressiva e sempre que a medida anterior não obtiver êxito, executadas por aeronaves de interceptação, com o objetivo de compelir a aeronave suspeita a efetuar o pouso em aeródromo que lhe for indicado e ser submetida a medidas de controle no solo pelas autoridades policiais federais ou estaduais.

§ 1º As medidas de averiguação visam a determinar ou a confirmar a identidade de uma aeronave, ou, ainda, a vigiar o seu comportamento, consistindo na aproximação ostensiva da aeronave de interceptação à aeronave interceptada, com a finalidade de interrogá-la, por intermédio de comunicação via rádio ou sinais visuais, de acordo com as regras de tráfego aéreo, de conhecimento obrigatório dos aeronavegantes.

§ 2º As medidas de intervenção seguem-se às medidas de averiguação e consistem na determinação à aeronave interceptada para que modifique sua rota com o objetivo de forçar o seu pouso em aeródromo que lhe for determinado, para ser submetida a medidas de controle no solo.

§ 3º As medidas de persuasão seguem-se às medidas de intervenção e consistem no disparo de tiros de aviso, com munição traçante, pela aeronave interceptadora, de maneira que possam ser observados pela tripulação da aeronave interceptada, com o objetivo de persuadi-la a obedecer às ordens transmitidas.

Art. 4º A aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins que não atenda aos procedimentos coercitivos descritos no art. 3º será classificada como aeronave hostil e estará sujeita à medida de destruição.

Art. 5º A medida de destruição consiste no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do vôo da aeronave hostil e somente poderá ser utilizada como último recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra.

Art. 6º A medida de destruição terá que obedecer às seguintes condições:

I - emprego dos meios sob controle operacional do Comando de Defesa Aeroespacial Brasileiro - COMDABRA;

II - registro em gravação das comunicações ou imagens da aplicação dos procedimentos;

III - execução por pilotos e controladores de Defesa Aérea qualificados, segundo os padrões estabelecidos pelo COMDABRA;

IV - execução sobre áreas não densamente povoadas e relacionadas com rotas presumivelmente utilizadas para o tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins; e

V - autorização do Presidente da República ou da autoridade por ele delegada.

Art. 7º O teor deste Decreto deverá ser divulgado, antes de sua vigência, por meio da Publicação de Informação Aeronáutica (AIP Brasil), destinada aos aeronavegantes e de conhecimento obrigatório para o exercício da atividade aérea no espaço aéreo brasileiro.

Art. 8º As autoridades responsáveis pelos procedimentos relativos à execução da medida de destruição responderão, cada qual nos limites de suas atribuições, pelos seus atos, quando agirem com excesso ou abuso de poder.

Art. 9º Os procedimentos previstos neste Decreto deverão ser objeto de avaliação periódica, com vistas ao seu aprimoramento.

Art. 10. Fica delegada ao Comandante da Aeronáutica a competência para autorizar a aplicação da medida de destruição.

Art. 11. O Ministério da Defesa, por intermédio do Comando da Aeronáutica, deverá adequar toda documentação interna ao disposto neste Decreto.[...] (grifo nosso)

De fato, podemos constatar que houve uma preocupação em se criar, de uma maneira lógica, um método sequencial que utilize o tiro de destruição como ultimo recurso. Mas o que se discute não é a maneira com que o mesmo é feito, mas a questão de que ele é previsto na legislação, afrontando diretamente os institutos em comento. O fato de existir uma norma que regulamente, de maneira ilegítima, determinada ação e descreva sua execução, não altera o fato de que a mesma não cumpre com o Devido Processo Legal, bem como seus corolários da Ampla defesa e o Contraditório.

7.2 Violação ao direito à vida

A vida é o mais importante bem jurídico, e que, nacional e internacionalmente, é centro das proteções e objetivos a serem alcançados, uma vez que não há dignidade da pessoa humana sem vida.

Para Paulo Gustavo Gonet Branco:

“A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades disposto na Constituição e que esses direitos têm nos marcos da vida de cada individuo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito a vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.441).

O ilustríssimo Doutrinador Alexandre de Moraes, também demonstra o valor veemente do direito à vida ao afirmar que:

“O direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médica-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e, ainda, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais”. (MORAIS, Alexandre. Direito Constitucional. 13ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p.87)

Tendo a Constituição Federal como referência, o conceito de vida está diretamente relacionado à existência corpórea do ser humano. Assumindo essa ideia, temos que a proteção assegurada pela Constituição não se estende à toda forma de vida, mas tão

somente à vida humana, que começa antes mesmo do nascimento e se encerra somente com a morte.

Tal direito, em uma de suas acepções, consiste em assegurar que todo e qualquer ser humano permaneça vivo. É algo que assegura a não interferência do Estado ou de outros particulares em sua existência física. Dessa forma, o direito à vida se apresenta como algo ainda maior que um direito autônomo, mas como, além de tudo, um pressuposto elementar para o exercício de todos os demais direitos.

Marcelo Novelino nos ensina que:

“O direito fundamental à vida deve ser pensado não apenas sob a perspectiva do indivíduo, enquanto posição jurídica de que este é titular perante o Estado, mas também do ponto de vista da comunidade, enquanto bem jurídico essencial que impõe aos poderes públicos e à sociedade o dever de adotar medidas de proteção contra práticas que atentem contra o direito à vida e de promoção dos meios indispensáveis à uma vida humana com dignidade e qualidade.”(NOVELINO, Marcelo. Manual de direito constitucional. – 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 565)

Em uma análise de nosso estudo até o presente momento, constataremos facilmente que mesmo os direitos fundamentais não gozam de caráter absoluto, e que, em caso de choque dos mesmos, é possível que um direito venha a ceder em face de outros que forneçam razões mais fortes. Este não nos parece ser o caso com relação à Lei do Abate, confrontando-se a Vida e a Segurança Pública.

A interceptação já era empregada no Brasil muito antes da aprovação da Lei do Abate pelo legislativo nacional. No entanto, em nenhum dos incidentes em território nacional houve a necessidade do Tiro de Destruição, sendo as determinações das autoridades aeronáuticas brasileiras cumpridas com rapidez.

Como exemplo podemos citar um avião de transporte cubano interceptado nas proximidades de Brasília. Um Vulcan (avião) Britânico interceptado no litoral do Rio de Janeiro, durante a Guerra das Malvinas. Temos também aviões libianos próximos às cidades de Recife e Manaus. Todas essas aeronaves alegaram estar perdidas, o que é provável por ter ocorrido antes do advento do projeto SIVAM (Sistema de Vigilância da Amazônia) e da utilização em larga escala do GPS (Global System Position). É importante citar que todas essas aeronaves cumpriram as determinações das autoridades brasileira.

A destruição de uma aeronave “suspeita” de ser hostil, não resolve o problema do tráfico de drogas, que é reflexo de problemas sociais muito mais complexos, bem como não

há meios de se provar que a nave era de fato hostil após a execução do procedimento previsto em lei.

8 PENA DE MORTE

A pena capital é uma das mais antigas já que acompanha a humanidade desde seus primórdios. Os crimes passíveis dessa punição são muitos ao redor do mundo e sofreram mudanças ao longo do desenvolvimento histórico, dependendo de qual momento se vivia e dos ordenamentos jurídicos vigentes.

A tendência mundial com relação a essa prática é a total abolição da mesma, pois estudos recentes bem como da História em geral, nos mostram que a pena de morte não reduz a criminalidade.

Estatísticas fornecidas pela DPCI (Death Penalty Information Center – Centro de informação sobre a Pena de Morte) deixam claro que as taxas de crimes de assassinato são maiores nos estados Norte Americanos que adotam a pena de morte do que as taxas de assassinato nos estados que não a adotam.

Outro ponto fundamental e que pesa negativamente contra a pena de morte é o grande número de pessoas inocentes que condenadas de maneira equivocada . ainda segundo a DPCI, desde 1973, por volta de 150 pessoas foram condenadas à morte de maneira equivocada.

Tal pena se caracteriza por ser uma punição extrema e desumana. Ela, assim como outros métodos punitivos, se mostra discriminatória, sendo utilizada na maioria das vezes contra pobres, minorias, etnias que sofrem preconceito e contra grupos religiosos.

Essa pena capital deveria encontrar uma maior resistência em ser utilizada, pois a justiça é passível de cometer erros, já que é composta de seres humanos.

8.1 Pena de morte no Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe o seguinte o seguinte em seu art. 5º, XLVII:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (...)

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;(…)”

Não é necessária uma análise aprofundada do texto constitucional para concluirmos que a pena de morte é vedada no Brasil e que, sua raríssima possibilidade de adoção também está prevista na Constituição como algo de grande excepcionalidade. Mesmo emendas constitucionais não possuem o condão de tornar possível a pena de morte em outros casos que estejam fora do contexto de guerra declarada, pois, como já observado anteriormente, o direito à vida é uma cláusula pétrea.

Tudo isso torna claro que o Brasil partilha das preocupações mundiais em se tutelar os direitos e garantias individuais. O autor André de Carvalho Ramos, leciona no mesmo sentido ao afirmar que:

“No mundo, a pena de morte caminha para o seu completo desaparecimento. De acordo com a Organização das Nações Unidas, há poucos países que preveem a pena capital para crimes comuns em situação regular. Há alguns estados, como o Brasil, que admitem em caso de guerra declarada, mas essa excepcionalidade reafirma a proibição da pena de morte em geral. Mesmo para crimes bárbaros, a pena de morte não é prevista nos últimos tratados internacionais penais, como se vê no Estatuto do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma), cuja pena máxima é a de prisão perpétua. Esta tendência é fruto dos inegáveis malefícios da pena de morte, uma vez que não admite a reparação do erro judiciário, como é óbvio, além de outras mazelas, como a assunção da impossibilidade de ressocialização, a banalização da vida em um ‘assassinato oficial’, entre outras”. (Ramos, André de Carvalho. Curso de direitos humanos / André de Carvalho Ramos. São Paulo : Saraiva, 2014. p. 438).

Esse aspecto da Constituição federal de 1988 reforça ainda mais o entendimento da inconstitucionalidade material da Lei 9.614/98, que incluiu no Código Aeronáutico brasileiro a hipótese do tiro de destruição.

Um dispositivo que autoriza um tiro de “destruição”, não visa outra medida que não a morte daquele considerado hostil.

CONCLUSÃO

O problema jurídico apreciado, mostra-se de extrema importância por não se tratar de meras questões patrimoniais, ou mesmo de qualquer coisa a qual seu valor possa ser expresso em moeda. Trata-se de direitos humanos e garantias fundamentais.

É plenamente possível, após análise deste estudo acadêmico, afirmar seguramente que a lei que inclui e regulamenta o abate de aeronaves que sobrevoam o espaço aéreo brasileiro, colide frontalmente com os objetivos internacionais que foram materializados através de tratados e que, não obstante, é materialmente inconstitucional pois o Brasil, na qualidade de Estado Soberano, possui uma Constituição como base de todo seu ordenamento jurídico, e esta, por sua vez, possui princípios direcionadores e normas positivadas que asseguram à proteção da vida digna, bem como exclui a pena de morte como punição, salvo em caso de guerra declarada.

Usar da segurança nacional como argumento capaz de legitimar uma norma com tais características é no mínimo desconhecer o básico dos direitos fundamentais. Mais que um meio de defesa, nos parece uma resposta simplista a um dos problemas mais complexos enfrentado pela sociedade contemporânea, ou seja, o tráfico de drogas.

O tiro de destruição se apresenta aos nossos olhos como uma pena de morte disfarçada de uma solução que, na realidade, não possui poder de solucionar absolutamente nada, dando apenas a chance de que um erro incorrigível ocorra. Não há como prever as situações em que um piloto adentre o espaço aéreo brasileiro sem se identificar, muitos podem incorrer no que está tipificado no Decreto nº 5.144/ 2004 e não necessariamente se tratar de um traficante de drogas. Este é um caminho que não pode ser percorrido com atalhos.

Ainda que um traficante seja morto por um tiro de destruição, a pena de morte por si só já demonstrou não ser eficaz ao longo da história mundial. Não há relação entre grande número de execuções e diminuição de criminalidade.

Muito além da questão da proibição à pena de morte, a vida, acima de tudo, deve ser respeitada que, conforme foi visto no transcorrer do texto, possui um status de direito base para a efetivação de outros direitos, já que o gozo do mesmo é condição necessária para gozar dos outros.

Vale destacar, reforçando entendimento já analisado no presente estudo, que o Brasil, além de contradizer seus próprios princípios ao tornar a Lei do abate válida, está passível de ser responsabilizado internacionalmente perante a corte Interamericana de Direitos Humanos por descumprir um pacto internacional ratificado.

A presente pesquisa encontra algumas dificuldades pela escassa quantidade de materiais que tratam do mesmo, ainda assim, percebemos que fácil foi nossa conclusão ante uma análise atenta de nosso ordenamento, especificamente a norma Constitucional e Internacional. Não há jurisprudências acerca do caso estudado, mas torna-se necessária uma provocação ao judiciário para que o mesmo se posicione sobre o tema.

O trabalho não exauriu o tema, mas buscou, sobre o enfoque proposto, demonstrar seu posicionamento e deixar claro em sua conclusão sobre as violações que o dispositivo em comento gera ao ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexandrino, Marcelo e Paulo, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 2ªEd, Impetus.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BRASIL. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, n.114, p.53, 26/06/1996.

BRASIL. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, n.120, p.147,04/07/1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 2 ed. rev. Coimbra: Livraria Almeida, 1998.

CAPARROZ, Roberto. **Direito internacional público**. São Paulo : Saraiva, 2012.

CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público** — 20. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.

Cf. STF: **Depositário infiel: jurisprudência do STF muda e se adapta ao Pacto**. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116379&caixaBusca=N>

> Acesso em: 8 de novembro de 2016.

CITAÇÃO DE RODAPÉ, DEL NEGRI, André Luis. Soberania e Federalismo. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2857>>. Acesso em: 03 DEZ. 2016.).

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.

DEL NEGRI, Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2857>>. Acesso em: 03 DEZ. 2016.

<https://jus.com.br/artigos/26898/pena-de-morte-em-voo/1>, acesso em: 07/11/2016

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** – 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2012.

Mendes, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 9ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. – 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO , 2014.

Padilha, Rodrigo, 1976 - **Direito constitucional** – 4. ed. - Rio de Janeiro : Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

PEDDE JUNIOR, Rodolpho Priebe. **Direito Constitucional: Resumo do livro “Curso de Direito Constitucional Positivo”**, do Prof. José Afonso da Silva. Disponível em: <<http://www.direitoria.net/>>. Acesso em: 18 abr. 2008.)

Ramos, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo : Saraiva, 2014.

RE 351750 / RJ - RIO DE JANEIRO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Relator(a) p/ Acórdão: Min. CARLOS BRITTO, Julgamento: 17/03/2009 Órgão Julgador: Primeira Turma)

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª edição. Editora Saraiva: São Paulo, 2002.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público : curso elementar** – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

RODRIGUES, Lucas de Oliveira. "Pena de morte"; Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/sociologia/pena-de-morte.htm>>. Acesso em 24 de janeiro de 2017.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 9 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1992).

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Padilha Ferreira, João Victor.

Incongruência Da Lei 9.614/98 frente ao ordenamento jurídico brasileiro : uma análise constitucional e internacional das violações aos direitos fundamentais acarretados pela Lei do Abate / João Victor Padilha Ferreira. - 2017.

52 p.

Orientador(a): Raimundo Nonato Serra Campos Filho.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís - MA, 2017.

1. Abate de Aeronaves. 2. Direito Constitucional. 3. Direitos Humanos. 4. Inconstitucionalidade. 5. Pena de morte. I. Serra Campos Filho, Raimundo Nonato. II. Título.